



## Persiguiendo la tesis convencionalista

**Federico Arena**

*Università Bocconi, Milán*

[federico.arena@unibocconi.it](mailto:federico.arena@unibocconi.it)

### Resumen

El autor ofrece en este trabajo una presentación del convencionalismo jurídico, entendido como aquella posición que defiende la tesis convencionalista acerca del derecho. Según esta tesis el hecho jurídico fundamental es (determinado por) una convención. Para precisar el contenido de la tesis el autor propone, siguiendo el trabajo de otros autores, distinguir, primero, entre dos nociones de convención: una basada en el acuerdo y otra no basada en el acuerdo; segundo, entre distintos niveles de convencionalidad; y tercero, entre dos tipos de convenciones, a saber, aquellas que solucionan un problema de coordinación recurrente, denominadas convenciones de coordinación, y aquellas que definen una práctica y establecen cómo participar en ellas, denominadas convenciones constitutivas. Luego de analizar las versiones tradicionales de la tesis convencionalista que intentaron dar cuenta de regla de reconocimiento, el autor propone una versión de la tesis convencionalista que distinga dos etapas dentro de la práctica de identificación del derecho. Por un lado la identificación de los textos jurídicos a la que concibe como un convención de coordinación y, por otro lado, la atribución de significado a tales textos a partir de ciertos métodos interpretativos, a los que concibe como convenciones constitutivas.

### Palabras clave

Convencionalismo jurídico, acuerdo, condición de dependencia, arbitrariedad, niveles de convencionalidad, convenciones de coordinación, convenciones constitutivas, identificación de textos jurídicos, interpretación jurídica.

## Chasing the conventionality thesis

### Abstract

The author offers a statement of legal conventionalism, i.e., the point of view that holds the conventionality thesis about law. According to that thesis the fundamental legal fact is (determined by) a convention. In order to flesh out the thesis the author proposes, following the work of other philosophers, to distinguish, first, between two notions of convention, i.e., agreement based and non-agreement based conventions; second, between different levels of conventionality; and third, between two types of conventions, to wit, coordination conventions that solve a recurrent coordination problem and constitutive conventions that define a practice and determine how to be part of it. On this basis the author analyzes and criticizes the traditional versions of the conventionality thesis that tried to give an account of the Hartian rule of recognition. In order to overcome the difficulties of previous versions, the author proposes a revision of the conventionality thesis based on a distinction between two phases within the practice of the identification of law. On the one hand, the identification of legal text conceived as a coordination convention and, on the other hand, the practice of the interpretation of legal texts, conceived as a set of constitutive conventions.

### Keywords

Legal conventionalism, agreement, condition of dependence, arbitrariness, levels of conventionality, coordination conventions, constitutive conventions, identification of legal texts, legal interpretation.

## 1. Introducción

No parece arriesgado afirmar que aquello que llamamos derecho es un fenómeno social, una creación humana, o incluso un artefacto. Hay algo de intuitivo en la idea de que el contenido y la existencia del derecho están estrechamente ligados a la acción humana. Esta intuición suele apoyarse en distintas evidencias empíricas, como el hecho de que el contenido de las normas jurídicas no es el mismo en cada uno de los ordenamientos jurídicos estatales, por ejemplo, el derecho cambia de país a país. O también en que el derecho, como instrumento de control social, haya aparecido en un cierto momento histórico.

El convencionalismo jurídico puede entenderse, bajo una primera aproximación, como un intento por dar cobertura filosófica a esta intuición. En este trabajo ofreceré una presentación del convencionalismo jurídico (de ahora en adelante simplemente "convencionalismo") al que, como delimitación inicial, entenderé como aquella posición que defiende la tesis convencionalista acerca del derecho:

(i) Tesis convencionalista (TC): el hecho jurídico fundamental es (determinado por) una convención.

Se trata, claro, de una definición que intentaré aclarar a lo largo de este trabajo y a la que espero despojar de toda oscuridad. A partir de la formulación propuesta se puede apreciar que la tesis consta de dos elementos principales. Por un lado "hecho jurídico fundamental", es decir, el aspecto del derecho respecto del cual se predica su convencionalidad, y por otro lado la noción de "convención". Para la elucidación de ambos elementos dividiré el recorrido en cuatro etapas.

En primer lugar, me referiré a las tesis de Hart cuya defensa llevaron a algunos filósofos del derecho a ensayar la vía convencionalista. La referencia a Hart es relevante aquí porque permite dar contenido al primer elemento de la tesis, esto es, permite determinar cuál es el hecho jurídico fundamental.

En segundo lugar me detendré en la noción de convención, distinguiendo, primero, entre convenciones basadas en el acuerdo y convenciones no basadas en el acuerdo, y, segundo, entre convenciones superficiales y convenciones profundas. Por otro lado, presentaré también los distintos tipos de convenciones, a saber, las convenciones de coordinación y las convenciones constitutivas.

En tercer lugar, me referiré a las versiones tradicionales del convencionalismo que han intentado usar estas nociones y estos tipos de convención para dar cuenta de la regla de reconocimiento hartiana. En este sentido, creo, el convencionalismo ha de ser evaluado no sólo respecto de su capacidad para resolver las dificultades de Hart, sino más bien respecto de su capacidad para dar cuenta del fenómeno jurídico, independientemente del hecho que ello coincida con el proyecto hartiano. Es por ello que me parece necesario identificar dos tipos de dificultades. Un primer grupo, que llamaré críticas externas, está compuesto por argumentos que señalan ciertas propiedades del fenómeno jurídico que la teoría de Hart no pueden explicar y que, se alega, tampoco explica el convencionalismo. Un segundo grupo, que denominaré críticas internas, está compuesto por argumentos dirigidos a mostrar que en el fenómeno jurídico no se dan las condiciones que permitan considerarlo convencional. Las críticas internas a su vez han de ser distinguidas entre aquellas que apuntan a negar que en hecho jurídico fundamental sea una convención, de aquellas que apuntan a negar que el hecho jurídico



fundamental sea un *tipo* de convención. En este trabajo me ocuparé únicamente de las críticas internas, ya que mi interés principal es presentar el convencionalismo.

En cuarto lugar propondré una reformulación del convencionalismo jurídico, desdoblado la tesis convencionalista en dos, con la pretensión de sortear las dificultades que no logran superar las versiones tradicionales.

## 2. Hacia el convencionalismo

Ya sea explícitamente, ya sea como consecuencia de la respuesta que dan a algunos problemas filosófico-jurídicos, el convencionalismo se encuentra estrechamente vinculado con las tesis de Herbert Hart. Si bien no se puede atribuir a Hart, al menos cuando propuso su teoría del derecho en el libro *The Concept of Law*<sup>1</sup>, el haber defendido explícitamente la tesis convencionalista; sí es cierto que los autores a quienes puede atribuirse una defensa de esa tesis son seguidores, o al menos deudores, de las posiciones hartianas.

Es por esto que, si bien es bastante conocida, me parece necesario comenzar por la propuesta teórica ofrecida por Hart en *The Concept of Law*. En ese libro, Hart propone a la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias como la clave de la ciencia del derecho<sup>2</sup>. En general se puede afirmar que: i. las reglas primarias regulan el comportamiento de los miembros de la sociedad<sup>3</sup>, y ii. las reglas secundarias se refieren a las reglas primarias y entre ellas asume especial relevancia la regla de reconocimiento, que fija los criterios para identificar el derecho.

La regla de reconocimiento, en cuanto regla *social*, es una regla practicada por un grupo de individuos determinados, esto es, los funcionarios encargados de la identificación y aplicación del derecho. Hart (1994[1961]: 55) explica en qué consiste el carácter social de la regla a partir de la comparación con la noción de hábito de obediencia. Las reglas sociales y los hábitos comparten una propiedad, a saber, en ambos casos existe una convergencia de conducta. Esto quiere decir que la mayoría de los miembros del grupo se comportan del mismo modo cada vez que se presenta la oportunidad de hacerlo.

Más allá de esta semejanza, las reglas poseen un elemento que las diferencia de los hábitos y que Hart (1994[1961]: 56) denomina "aspecto interno". El aspecto interno de las reglas consiste en una actitud de los miembros del grupo en virtud de la cual perciben el comportamiento en cuestión como un estándar de comportamiento común. Ello significa, por un lado, que el comportamiento que no se ajusta a la regla es considerado como una desviación susceptible de crítica y, por otro lado, que la crítica a la desviación y la presión por la conformidad son aceptadas como justificadas o legítimas; es decir, quien critica la desviación no se enfrenta a ulteriores reacciones críticas.

<sup>1</sup> Más discutible es, como veremos, si tal posición puede atribuirse a Hart luego de la publicación del ensayo denominado "Postscript" en la segunda edición de *The Concept of Law*.

<sup>2</sup> Lamentablemente no ofrece una versión clara y unívoca de la distinción, tanto es así que los estudiosos de su obra se han visto en dificultad cuando han intentado interpretarla. Véase al respecto Ruiz Manero (1990: 100).

<sup>3</sup> Tratándose de un grupo social con un número elevado de miembros, afirma Hart, no parece existir otro mecanismo de control social que el de las reglas o estándares generales de comportamiento, las directivas individuales pueden ayudar pero no pueden sustituirlas. Las reglas generales son necesarias ya que permiten transmitir un estándar de comportamiento, i. a un conjunto numeroso de personas y ii. sin guía ulterior, es decir sin que sea necesario producir nuevas directivas para hacer comprensible al destinatario el contenido de la regla. (Hart, 1994[1961]: 124 ss.).

Esta teoría de Hart fue luego denominada *The Practice Theory of Rules* (Raz (1990[1975]: 52-53). Dado que posteriormente Hart redujo el alcance de su teoría a cierto tipo de reglas sociales, adoptaré la denominación “Teoría de las reglas sociales como prácticas” y usaré TRSP como abreviatura para referirme a ella.

La propuesta de Hart combina entonces regla de reconocimiento y TRSP. Un primer modo de configurar la propuesta convencionalista es como un intento por reforzar esta propuesta, reemplazando la TRSP por la noción de convención y respondiendo así a las críticas que se dirigieron contra la TRSP.

Las críticas contra la TRSP tienen como base los cuestionamientos que Dworkin (1977-1978[1972]) y Raz (1990[1975])<sup>4</sup> hicieron al análisis de Hart. Las críticas fueron variando a lo largo de los años debido en parte a las precisiones y modificaciones que Hart formuló con posterioridad. En general estas tesis pueden sintetizarse en la afirmación según la cual la TRSP no da cuenta de la normatividad del derecho<sup>5</sup>.

Estas críticas impulsaron a ciertos autores hacia una estrategia convencionalista y, además, forman el conjunto de críticas externas que, posteriormente, serán dirigidas contra el convencionalismo. Como adelanté en la introducción, en este trabajo me concentraré en el análisis interno del convencionalismo, por lo que no abordaré estas críticas. El paso siguiente es entonces detenernos en la noción de convención, que en la tesis convencionalista reemplaza a TRSP.

### 3. La noción de convención

Precisar la noción de convención exigirá, primero, introducir las condiciones de convencionalidad, es decir, aquellas características que hacen que un hecho sea una convención. Y, segundo, distinguir distintos niveles y tipos de convenciones que permitirán afinar la tesis convencionalista.

En sentido amplio, decir que algo es convencional quiere decir que depende de los hombres, de sus acciones y creencias u otras actitudes. En este sentido, convencional se opone a natural y es sinónimo de social (Celano, 2010[1997]: 281-282 y Vilajosana, 2010: 139-140). En un sentido más restringido, que es una especificación del anterior, sólo una subclase de los hechos que dependen de las acciones y actitudes humanas son convenciones. Dicho de otro modo, sólo cuando las acciones y actitudes humanas adquieren una cierta configuración nos encontramos frente a una convención.

Por lo general, se sostiene que ello se verifica cuando esas acciones y actitudes encajan de tal modo que forman un acuerdo. No obstante, creo que es necesario advertir la existencia de dos tipos de condiciones de convencionalidad, a saber, aquellas que definen las convenciones basadas en el acuerdo y aquellas que definen las convenciones no basadas en el acuerdo. E, incluso, que la noción de convención basada en el acuerdo es secundaria respecto de aquella no basada en

<sup>4</sup> Véase también Warnock (1971: 43-52).

<sup>5</sup> Esta afirmación es bastante imprecisa si no se aclara en qué consiste la normatividad. Hay al menos tres sentidos que han ocupado con mayor insistencia a los filósofos del derecho. Según el primero la TRSP no da cuenta del deber de los jueces de aplicar el derecho, según el segundo la TRSP no da cuenta de la autoridad del derecho, según el tercero la TRSP no da cuenta del punto de vista interno de los jueces. Asimismo, una crítica ulterior, si bien estrechamente vinculada a las anteriores, es la que señala la incapacidad de TRSP para dar cuenta de los desacuerdos teóricos entre juristas. Para un tratamiento de esta objeción con relación a la propuesta convencionalista véase Arena (2012).



el acuerdo. Si bien no podré extenderme mucho sobre esta última afirmación, intentaré justificarla luego de presentar las convenciones basadas en el acuerdo.

### **Convenciones basadas en el acuerdo**

Según el punto de vista más extendido, existe una convención cuando dos o más personas han llegado a un acuerdo<sup>6</sup>. La determinación de las condiciones para la existencia de un acuerdo, entre dos o más personas, no es una tarea sencilla. Aquí seguiré la concepción estándar, y quizás la más extendida, según la cual un acuerdo consiste en un intercambio de promesas condicionales<sup>7</sup>.

Si se acepta este modelo de acuerdo, entonces existe una convención entre los miembros del grupo G, de realizar la acción A en la ocasión O, si cada uno de los miembros de G ha prometido a los demás hacer A en O bajo la condición que los demás prometan hacer A en O<sup>8</sup>. Así, un acuerdo es expreso cuando la manifestación de voluntad de llegar a un acuerdo se produce, o bien usando el verbo “prometer” y sus derivados o bien usando otras expresiones lingüísticas que pueden ser asimiladas al verbo “prometer”. En cambio, un acuerdo es tácito cuando la manifestación de voluntad se produce mediante actos (lingüísticos o no) que, sin incluir el verbo “prometer” o términos similares, cuentan de todos modos como una promesa.

Claramente, esta versión de las convenciones basadas en el acuerdo no estaría completa sin especificar en qué consiste prometer. La versión más extendida es la que concibe las promesas como un acto comunicativo, dentro de una práctica de prometer<sup>9</sup>. Según esta concepción, prometer consiste en llevar a cabo ciertos actos comunicativos que, en cuanto satisfacen las condiciones establecidas por las reglas de la práctica convencional de prometer, pueden ser considerados promesas. Es precisamente este modo de concebir las promesas el que introduce el problema de la circularidad cuya solución, creo, exige aceptar que las convenciones basadas en el acuerdo son secundarias respecto de aquellas no basadas en el acuerdo. Es decir, parece claro que el carácter convencional de la práctica del prometer no puede a su vez depender de un acuerdo, puesto que ello produciría una circularidad<sup>10</sup>. Si bien creo que la circularidad no es en todos los casos un problema que exige abandonar determinadas explicaciones conceptuales, creo que si es posible encontrar una alternativa no circular (o más amplia) debería optarse por esta última.

Ahora bien, si la noción de convención basada en el acuerdo es una noción derivada o secundaria, respecto de la noción no basada en el acuerdo, se vuelve indispensable ofrecer un relato acerca de cómo un hecho puede constituir una

<sup>6</sup> Existe un sentido en el que dos personas pueden estar de acuerdo acerca de algo que no es relevante aquí. Por ejemplo, tanto Morena como Lucas pueden pensar que los vinos del Penedés son los que mejor saben, en este sentido están de acuerdo. En cambio, el sentido relevante aquí es, por ejemplo, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo acerca del modo en el que utilizarán un cierto término, en circunstancias en las que bien podrían haber elegido otro término u otro significado.

<sup>7</sup> Que se trata de la versión estándar de acuerdo es señalado por varios autores: Lewis (1969: 34), Gilbert (1993: 627) y Raz (1984: 202-203).

<sup>8</sup> Donde O puede ser un tipo de ocasión o una ocasión individual. Véase Gilbert (2008: 6).

<sup>9</sup> Esta versión ha sido defendida entre otros por Rawls (1971: 344-350).

<sup>10</sup> Una versión alternativa de las promesas quizás permitiría, a la noción de convención basada en el acuerdo, escapar de la circularidad. Una opción podría ser la teoría de las expectativas articulada por Thomas Scanlon (1990). De todos modos, me parece, el problema que aquí nos interesa es que también para esta teoría la formación de una promesa involucra la realización o bien de un acto lingüístico, o bien de un acto que cuenta también como acto lingüístico, y para que estos actos produzcan sus efectos es necesaria también aquí, la existencia de convenciones que establezcan bajo qué condiciones una cierta preferencia o acción cuenta como determinado acto lingüístico.

convención independientemente de la existencia de un acuerdo.

### **Convenciones no basadas en el acuerdo**

Al igual que en el caso del acuerdo, donde la existencia de la convención depende de un intercambio de promesas condicionales, también el primer elemento de una convención no basada en el acuerdo es el comportamiento de ciertos individuos.

En este sentido, una primera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es que se verifique una cierta regularidad o convergencia de comportamiento. Pero, ¿en qué consiste esta regularidad? Una regularidad de comportamiento puede ser concebida como “realizar la acción A en la ocasión O”, o puesto de modo más general “A en O” (Gilbert, 2008: 8). La regularidad exige que O se presente con cierta frecuencia o, al menos, que se haya presentado más de una vez y que sea posible que vuelva a presentarse (Gilbert, 1983: 229).. Así, existe una regularidad de comportamiento en un grupo G, cuando los miembros de G realizan la acción A cada vez que se presenta la ocasión O.

La regularidad o convergencia de comportamiento se encuentra todavía lejos de constituir una convención, se trata claramente de condición necesaria, pero aún no suficiente. Las convenciones no son hábitos y, siguiendo las clásicas consideraciones de Hart (1994[1961]: 51-61), la sola convergencia de comportamiento no es suficiente para llevar a cabo esta distinción<sup>11</sup>.

La segunda condición, que permite pasar de una mera convergencia de conducta a una convención, es una cierta actitud de los involucrados. La más básica de ellas es denominada por la literatura, “condición de dependencia”. La condición de dependencia se refiere a las razones que llevan a la existencia de una convención. En esos casos, parece existir un sentido crucial en el cual decimos que nos conformamos a la regularidad, en parte, debido a que otros lo hacen. En particular, la razón del seguimiento está constituida (al menos en parte) por el hecho de que existe una práctica común (Celano (2010[2003]: 330). Ello quiere decir que, desde este punto de vista, quien afirma que una regla es convencional formula también una afirmación acerca del tipo de razones que los individuos involucrados poseen para conformarse a la regla.

Creo que es necesario advertir dos modos en que ha sido concebida la condición de dependencia. Por un lado, en su versión simple, la condición de dependencia se verifica respecto de una cierta regularidad de comportamiento cuando la razón para conformarse a esa regularidad depende en parte del hecho que los demás también lo hacen<sup>12</sup>. Por otro lado, bajo una versión más compleja, la condición de dependencia se verifica, respecto de una regularidad de comportamiento, si la razón para conformarse a la regularidad es, en parte, i. que los demás lo hacen y ii. que lo hacen por esta misma razón. En esta segunda versión, la dependencia es recíproca o refleja (Celano (2010[1995]: 195-196).<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Ahora que ya me he referido a la noción de convergencia de comportamiento, quisiera señalar la importancia de mantener una cierta constancia terminológica respecto del término “acuerdo”. Dado que el primer elemento de la noción de convención sin acuerdo es la convergencia de comportamiento, me parece que provocaría confusión usar el término “acuerdo” para referirse al hecho de que existe una convergencia de comportamiento. Es por ello que de aquí en adelante “acuerdo” y “convergencia de conducta” designarán conceptos diferentes.

<sup>12</sup> Esta es la versión que, creo, da Marmor (2009: 10).

<sup>13</sup> Si bien Celano (2010[2003]: 330) oscila entre la versión refleja y la versión simple.





Condición de convencionalidad es sólo la versión simple de la condición de dependencia. Nótese que la condición de dependencia no excluye la existencia de otras razones para seguir la convención. Quizás esto pueda entenderse si se distinguen dos niveles de razones para seguir la convención. En un nivel se encuentra la condición de dependencia. En un segundo nivel se encuentra otra u otras razones para seguir la convención, que ya no tiene que ver necesariamente con el hecho que los demás la sigan. Por ejemplo, en el caso de la convención sobre el sentido de circulación de automóviles, existe, por un lado, una razón para hacer lo mismo que hacen los demás que consiste en el evitar daños a uno mismo y a los demás. Por otro lado, dado que los demás guían -en su caso- por la derecha, existe una razón para guiar por ese lado (condición de dependencia). Una norma sería puramente convencional si no existe una razón para seguirla que sea distinta de la condición de dependencia (Marmor, 2009: 11).<sup>14</sup>

De todos modos, una convención no puede ser sólo convergencia de comportamiento más condición de dependencia. Si bastaran estas dos condiciones, entonces quedarían incluidos algunos hechos de los que no diríamos que son una convención. Por ejemplo, como señala Marmor (*Ibid.*: 10-11), ¿qué sentido tendría no fumar en una habitación donde todos los demás fuman? En estos dos casos, el hecho que los demás no se conformen con la regularidad es parte de la razón para no conformarse, puesto que si los demás no lo hacen, no tendría sentido hacerlo. Sin embargo, no todas las reglas que perderían sentido por esa falta de conformidad serían tratadas como convencionales. Es por ello que la dependencia de la práctica es una propiedad de las convenciones únicamente cuando el hecho que otros efectivamente sigan la regla es *inicialmente* parte de las razones para seguirla. Es decir, la acción de los demás adquiere relevancia en el caso de las convenciones porque determina cuál de los distintos cursos de acción disponibles es el que cada agente ha de seguir. Esta puntualización, nos lleva a la siguiente condición, esto es, la arbitrariedad.

Finalmente, la tercera condición para la existencia de una convención sin acuerdo es entonces la arbitrariedad.

La arbitrariedad permite distinguir las convenciones de otros tipos de reglas, como por ejemplo las reglas morales. Si bien no ha sido fácil precisar en qué consiste<sup>15</sup>, bastará aquí con concebirla del modo en que tradicionalmente la han presentado los estudiosos de las convenciones, a saber, como existencia de alternativa. Así, la convención según la cual son los padres de la novia quienes han de pagar los gastos de la fiesta de casamiento, bien podría haber sido distinta. Es decir, bien habrían podido ser los padres del novio los encargados de los gastos. La existencia de un modo distinto de configurar una determinada convención puede advertirse claramente en aquellos casos donde ambas posibilidades se dan en el mundo actual. Por ejemplo, el sentido de circulación. Parece entonces que algunas prácticas han adquirido su forma actual en virtud de cierta circunstancia particular (decisión de una persona o de un grupo, accidente histórico, coincidencia, etc.), pero bien podrían haber sido diferentes y no obstante satisfacer la misma finalidad<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Asimismo, la distinción permite explicar por qué en la definición de la condición de dependencia se subraya el hecho de que “parte de” las razones para seguir la convención es que los demás lo hacen.

<sup>15</sup> Por ejemplo, siguiendo a Forster (2004) es posible identificar tres sentidos de arbitrariedad: a. Como existencia de una alternativa. b. Como ausencia de justificación. c. Como resultado de un acto de voluntad.

<sup>16</sup> Para ser una alternativa, la regularidad debe satisfacer ciertas condiciones adicionales. a. Practicabilidad: que la misma población pueda conformarse a la regularidad alternativa en las mismas circunstancias. b. Incompatibilidad: que no sea posible para la misma población conformarse a ambas regularidades al mismo tiempo. c. Sin pérdida en el propósito o función. Es decir, que el conformarse a

La arbitrariedad no ha de ser confundida con la indiferencia. Ni tampoco la arbitrariedad implica indiferencia. El hecho que exista otra regularidad a la que haya sido posible conformarse, no quiere decir que los agentes sean indiferentes (no tengan preferencias) entre esa regularidad y aquella a la que efectivamente se conforman<sup>17</sup>. Es por ello que aun cuando una convención se haya transformado en una tradición, es decir aun cuando los participantes asignen un cierto valor al mantenimiento de la regularidad por el hecho de que ella lleva produciéndose en el grupo desde hace ya un tiempo, ello no vuelve a la regularidad no convencional.

En definitiva, de lo dicho hasta aquí podemos concluir que existen dos nociones de convención, una basada en el acuerdo y otra no basada en el acuerdo<sup>18</sup>. Las condiciones de existencia de la primera incluyen el intercambio de promesas condicionales, esto es., un acuerdo. Las condiciones de existencia de la segunda consisten en la convergencia de comportamiento, la condición de dependencia y la arbitrariedad<sup>19</sup>.

### ***Convenciones superficiales y convenciones profundas***

La noción de convención no basada en el acuerdo, apenas delineada, permite ciertamente dar cuenta de cierto tipo de hechos que, al menos desde un punto de vista pre-analítico, son considerados convencionales, pero respecto de los cuales no se ha verificado un acuerdo. Como por ejemplo, en algunos grupos, la regla según la cual cuando una llamada telefónica se corta, quien ha de volver a llamar es la persona que realizó la llamada inicial.

Sin embargo, algunos de estos hechos poseen características que hacen más complejo su abordaje. Por un lado, su carácter convencional suele resultar opaco a los participantes. En el sentido que pueden verse en dificultad a la hora de determinar el contenido de la convención. Por otro lado, existen aspectos de la vida social cuyo carácter convencional es controvertido. El hecho que la convencionalidad de ciertos ámbitos se encuentre en discusión, permite sospechar que la convencionalidad opera en distintos niveles.

Distintos autores han intentado explicar estos rasgos de las convenciones, recurriendo a la noción de convención profunda, entre ellos Juan Carlos Bayón, Andrei Marmor y John Kekes<sup>20</sup>. En este apartado obviaré las diferencias entre estos

---

la regularidad alternativa (RC') no signifique una pérdida significativa en la función social o el propósito que satisface la regularidad actual (RC).

<sup>17</sup> Véase Lewis (1969: 76-80), Marmor (2009: 8-9) y Vilajosana (2010: 176).

<sup>18</sup> La independencia entre la noción de convención y la de acuerdo es un logro atribuido a David Lewis (1969). Algunos autores van más allá y sostienen que los hechos convencionales son precisamente aquellos no basados en el acuerdo. Por ejemplo, véase Marmor (2009: 4) y Dahlman (2011: 340). Sin embargo, me parece que como regimentación terminológica es inadecuada y conceptualmente innecesaria.

<sup>19</sup> Existe una propiedad ulterior que ha sido propuesta como condición de convencionalidad, a saber, el conocimiento común. El hecho que  $p$  es conocimiento común entre los miembros de un grupo  $G$  si, y sólo si, cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ , sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$ , sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que cada uno de los miembros de  $G$  sabe que  $p$  y así hasta el infinito. Véase Gilbert (1983: 230), Celano (2010[1995]: 198) y Celano (2010[1997]: 299). Desde mi punto de vista, el conocimiento común no es una condición de convencionalidad, véase Burge (1975: 250); en contra Celano (2010[1995]), pero no entraré en esa discusión aquí. Señalaré sólo que si el conocimiento común fuera una condición, entonces no tendría sentido decir que el convencionalismo se propone desvelar el carácter convencional de algunas prácticas sociales que no son consideradas tales. Esto además parece contradecir el hecho que, como resultado de disputas y discusiones, la convencionalidad de algunas prácticas fue reconocida tardíamente, escondida quizás detrás de prejuicios culturales o religiosos.

<sup>20</sup> Cada uno de estos autores ha recurrido a las convenciones profundas para dar cuenta de aspectos distintos del fenómeno del que se ocupan. Bayón (2002b, 2002a) encuentra en las convenciones





autores e intentaré construir una noción de convención profunda que aproveche el análisis propuesto por cada uno de ellos.

Existen casos que acentúan la impresión de que las convenciones se presentan estructuradas en distintos niveles. Para ilustrarlo quizás sea de ayuda pensar en la posibilidad de que distintas alternativas convencionales sean efectivamente seguidas por distintos grupos. Por ejemplo, considérese las convenciones que establecen cómo vestirse para asistir a una boda. Imagínese un primer grupo donde las reglas convencionales exigen que los hombres lleven corbata. Imagínese un segundo grupo, en cambio, donde la convención exige que los hombres lleven un pantalón blanco. Ambos casos demuestran la existencia de alternativas, lo que apoya la afirmación de que se trata de convenciones.

Sin embargo, ambas convenciones parecen ser modos distintos de especificar una norma de otro nivel, por ejemplo, aquella según la cual el modo de demostrar respeto a los recién casados debe ser mediante el modo de vestir. A su vez, siguiendo con el ejemplo, imagínese un tercer grupo donde existe una convención según la cual, en una boda, los hombres deben llevar el rostro pintado de ciertos colores. Habremos encontrado aquí una alternativa a la convención según la cual, en una boda, el respeto ha de mostrarse a través de la vestimenta. De todos modos, ambas parecen ser especificaciones de la convención según la cual el respeto ha de demostrarse a través de la apariencia personal.

En definitiva, parece que, respecto de las bodas, la convención que señala un modo especial de vestir, la convención que señala demostrar respeto mediante la vestimenta y la convención que señala demostrar respeto mediante la apariencia personal, se encuentran en distintos niveles de superficialidad (o de profundidad).

Además de ser una explicación del modo en que las convenciones se estructuran en distintos niveles, las convenciones profundas parecen ser una herramienta conceptual adecuada para dar cuenta de los dos rasgos, opacidad y controversia, que suelen poseer aquellos hechos cuya convencionalidad está en discusión. Veamos cómo.

Bayón ha emprendido el análisis de lo que denomina convencionalismo profundo para intentar dar espacio a estas dos posibilidades. Según este autor, la tesis según la cual la realidad del derecho consiste meramente en un conjunto de creencias compartidas y de actitudes y expectativas interdependientes, puede ser combinada con dos ontologías distintas, a saber, el convencionalismo de la objetividad mínima y el convencionalismo profundo.

La tesis de la objetividad mínima sostiene que existe una regla social sólo cuando hay acuerdo explícito, acerca del conjunto de sus aplicaciones correctas. En cambio, tratándose de convenciones profundas, la respuesta a la pregunta acerca de qué requiere una convención en un caso determinado no viene necesariamente dada, sin más, por una constatación de lo que el conjunto de los individuos relevantes sostenga o haga al respecto. Ni el acuerdo mayoritario ni la convergencia de comportamiento garantizan que sea ésa la respuesta correcta, ni la eventual

---

profundas una alternativa al convencionalismo de la objetividad mínima como ontología del derecho. Marmor (2009: 58-78), en cambio, extiende las convenciones profundas no sólo al derecho, sino también al lenguaje, a los juegos, a las artes y, en general, a toda actividad constituida por convenciones. Kekes (1993), por su parte, ve en las convenciones profundas un recurso a favor de su defensa del pluralismo. Las diferencias entre estos autores se evidencia también en el nombre que dan a las convenciones que no son profundas, Marmor usa "convenciones superficiales", Kekes "convenciones variables" y Bayón convenciones de "objetividad mínima".

existencia de controversia implica necesariamente que no haya una respuesta correcta. En estos casos lo que las define como correctas es el trasfondo de criterios compartidos, esto es, las convenciones profundas (Bayón, 2002b: 78-80).

Las convenciones profundas significan un avance decisivo para dar cuenta de la posibilidad que el carácter convencional de una práctica sea controvertido. Si las convenciones fueran todas superficiales, cualquier discrepancia resultaría en la imposibilidad de atribuir a la práctica un carácter convencional. Ello en cuanto el límite de las convenciones superficiales, o bien depende del acuerdo acerca de su contenido, o bien depende de, al menos, la convergencia de comportamiento. Estas dos exigencias precluyen la posibilidad de error generalizado -como diferente de la ignorancia- y la posibilidad de desacuerdo, puesto que en ese caso sencillamente no existe la convención.

Esta compatibilidad entre convención a un nivel y controversia en otro tiene, claro, ciertos límites. En particular, el desacuerdo no puede ser *pervasive*, lo que quiere decir que las convenciones siempre tienen límites y que por lo tanto es posible que en los casos de controversia no exista, en definitiva, una convención ni siquiera profunda.

#### 4. ¿Qué es el convencionalismo jurídico?

Una vez aclarada la noción de convención podemos ahora medir su rendimiento como análisis de la regla de reconocimiento. Parece haber cierto acuerdo entre sus intérpretes sobre el hecho que, en el ensayo publicado como "Postscript", Hart sostiene el carácter convencional de la regla de reconocimiento<sup>21</sup>. Así, siempre en ese ensayo Hart afirma que "certainly the rule of recognition is treated in my book as resting on a conventional form of judicial consensus. That it does so rest seems quite clear at least in English and American law for surely an English judge's reason for treating Parliament's legislation (or an American judge's reason for treating the Constitution) as a source of law having supremacy over other sources includes the fact that his judicial colleagues concur in this as their predecessors have done"<sup>22</sup>.

A partir de estas afirmaciones la pregunta que ha sido formulada es: ¿Existe un sentido en el que se pueda decir que la regla de reconocimiento es una convención? Mi interés aquí no es revelar exactamente cuál era la teoría de Hart. Menos aún cuando existe un marcado desacuerdo entre sus intérpretes acerca de ello. E incluso menos cuando el desacuerdo no puede ser zanjado mediante el descubrimiento de nuevos textos, sino que se trata de un desacuerdo sobre la interpretación de un mismo texto. La empresa que, creo, es filosóficamente más atractiva es la de analizar si aquello a lo que "regla de reconocimiento" se refiere

<sup>21</sup> El acuerdo no se extiende mucho más allá, puesto que, por un lado, se discute si estas afirmaciones son una mejor especificación de lo que ya había dicho en *The Concept of Law* o si se trata, en cambio, de un cambio en sus puntos de vista. Es decir, se discute si se dio en Hart el denominado *conventionalist turn*. Por ejemplo, tanto Green como Dickson sostienen que la posición original de Hart no era convencionalista. Para Green (1999: 38-39), recién en el ensayo publicado como "Postscript" Hart habría efectivamente girado hacia el convencionalismo. Dickson (2007, en nota 43) incluso duda que, a pesar de las explícitas afirmaciones de Hart, haya efectivamente tenido lugar el giro convencionalista. Por otro lado, se discute cuál es la noción de convención, si alguna, en la que pensaba Hart.

<sup>22</sup> Hart (1994[1961]: 266-267). Asimismo, en el ensayo publicado como "Postscript", al defender su teoría frente a las críticas recibidas, especialmente de Dworkin, Hart (1994[1961]: 256) afirma que: *[T]he theory remains as a faithful account of conventional social rules which include, besides ordinary social customs (which may or may not be recognized as having legal force), certain important legal rules including the rule of recognition, which is in effect a form of judicial customary rule existing only if it is accepted and practised in the law-identifying and law-applying operations of the courts.*



puede ser concebida como una convención. Es decir, si la práctica judicial de identificación del derecho puede ser concebida útilmente como una convención. En lo que queda de este trabajo no extenderé la discusión de la tesis convencionalista más allá de esta práctica.

### ***La tesis convencionalista de ascendencia hartiana***

A partir de esta breve referencia a la teoría de Hart en *The Concept of Law*, y luego del análisis de la noción de convención, es posible extraer la tesis convencionalista de ascendencia hartiana donde “convención” reemplaza a “práctica social”:

(ii) (TC-Hartiana): La regla de reconocimiento es (determinada por) una convención.

Para avanzar es entonces necesario analizar si la práctica judicial a la que se refiere la regla de reconocimiento satisface las condiciones de convencionalidad. Por lo general, los defensores del convencionalismo jurídico asumen que no ha habido entre los jueces un acuerdo sobre los criterios para la identificación del derecho y, por lo tanto, que es necesario recurrir a la noción de convención no basada en el acuerdo. En primer lugar me referiré a las condiciones que permiten (o no) afirmar que la práctica de identificación del derecho es una convención y, en segundo lugar, me detendré en el análisis de los argumentos avanzados para afirmar que se trata de un *tipo* particular de convención.

#### *Condición de dependencia*

La condición de dependencia se verifica, como vimos, cuando parte de las razones para la conformidad es que los demás también se conforman. Una de las nociones de convención atribuidas a Hart es aquella que se limita a afirmar que una convención es una regularidad de comportamiento acompañada por la condición de dependencia. Más precisamente, según Celano (2010[2003]: 331), Hart defiende en el “Postscript” únicamente la idea de que la regla de reconocimiento satisface esta condición.

Para Hart las razones que los jueces tienen para seguir ciertas normas acerca de la identificación de las fuentes del derecho están estrechamente atadas al hecho que otros jueces sigan las mismas normas, lo que permite afirmar que las razones para seguir las reglas de reconocimiento son dependientes de la práctica.

Claramente los involucrados en la convención pueden tener otras razones adicionales que completan el potencial práctico de la convención. Estas razones, como intenté dejar claro más arriba, pueden ser de distinta naturaleza. En un primer momento Hart sugirió que se trataba de la necesidad de certeza. La certeza es precisamente la ventaja que, según Hart, un sistema jurídico desarrollado, en el que existe una regla de reconocimiento, posee frente a un ordenamiento primitivo. Más allá de si la certeza es efectivamente la principal razón para tener una regla de reconocimiento, lo relevante en este punto es que se satisface la condición de dependencia.

Este modo de concebir la relación entre la condición de dependencia y otras razones para seguir la convención permite ensayar una respuesta a aquellas críticas contra el convencionalismo que apuntan al carácter restrictivo de éste último respecto de las razones. Los críticos sostienen que una de las ventajas del enfoque hartiano original era la admisión de una pluralidad de razones para el seguimiento

de la regla de reconocimiento. En cambio, una vez asumido el punto de vista convencionalista, estas razones se restringirían a una sola, a saber, la condición de dependencia<sup>23</sup>.

Esta crítica suele ser acompañada por una objeción de infrainclusión, según la cual el convencionalismo restringiría inadecuadamente el alcance del concepto de derecho. El convencionalismo excluiría aquellos ordenamientos normativos que estaríamos dispuestos a llamar derecho pero cuya regla de reconocimiento, sin embargo, no es obedecida por los funcionarios sobre la base de razones convencionales sino de otro tipo, por ejemplo, razones morales, religiosas o egoístas, como el miedo a la sanción (Dahlman, 2011: 343).

Sin embargo, estas críticas se basan en una comprensión inadecuada de la relación entre convenciones y razones. Que una regla sea convencional no implica que sea imposible que exista una razón moral para seguirla. Implica sólo que las razones morales dejan subdeterminado el contenido de la regla. Sólo si las razones morales determinan completamente el contenido de la regla entonces la regla no será convencional, pues en ese caso no se verificaría el requisito de la existencia de alternativa propio de las reglas convencionales. No hay ningún inconveniente con que los participantes en una práctica determinada sigan una regla porque existe una razón moral para seguirla. Lo relevante es que parte de esa razón sea que es la regla seguida por la mayoría.

Precisamente por ello, que se satisfaga la condición de dependencia no permite aún afirmar que la regla de reconocimiento sea sin más una convención. Es necesario también determinar si se trata de una regla arbitraria.

### *Arbitrariedad*

A primera vista parece claro que existen distintos sistemas jurídicos con reglas de reconocimiento distintas, lo que permite afirmar que existen reglas alternativas. Ello permitiría sostener que los participantes prefieren antes que nada que la conducta sea uniforme, y no tanto que se imponga una uniformidad determinada. Sin embargo, la decisión acerca de los criterios de validez es en la mayoría de los casos el resultado de enfrentamientos políticos y valorativos de carácter sustancial.

Es por ello que contra el carácter arbitrario suele señalarse la relevancia político-moral de la regla de reconocimiento. Según Celano (2010[2003]: 329), por ejemplo, es falso que la regla de reconocimiento sea arbitraria, pues la decisión de los criterios de validez es consecuencia de luchas sustanciales y de conflictos políticos e ideológicos, entre otros<sup>24</sup>.

Para responder a esta crítica es necesario, en primer lugar, recordar que la arbitrariedad no implica necesariamente indiferencia hacia cada una de las alternativas, sino que es compatible con distintos grados de ella. En segundo lugar, dado que arbitrariedad no implica indiferencia, el hecho que una práctica tenga un origen arbitrario no implica, necesariamente, que sea imposible desarrollar un compromiso con relación a ella. Es decir, la arbitrariedad de la regla de reconocimiento no es incompatible con su relevancia política, si con ello se afirma que los individuos pueden desarrollar respecto de ella un alto grado de apego y

<sup>23</sup> Véase Dickson (2007), Dahlman (2011: 338) y Kyritsis (2008: 140-141). Esta observación mostraría también que Hart originalmente no concebía a la regla de reconocimiento como una convención, al menos no en el sentido mencionado.

<sup>24</sup> En igual sentido se expresa Marmor (2001: 9).



resistencia al cambio.

Lo que cuenta para poder afirmar la arbitrariedad o no de la regla de reconocimiento es que existan alternativas, y ese requisito parece satisfecho si se observa la variedad de ordenamientos jurídicos.

Afrontaré a continuación la cuestión acerca de qué tipo de convención constituye la práctica que estamos analizando. En este sentido dos tipos de convenciones han sido elaborados por los teóricos. Por un lado las convenciones de coordinación y por otro lado las convenciones constitutivas.

## 5. La regla de reconocimiento y los tipos de convenciones

### ***La tesis convencionalista basada en las convenciones de coordinación***

Bajo esta primera opción la tesis convencionalista adquiere la siguiente formulación:

(iii) TC-Coordinación: la regla de reconocimiento es (determinada por) una convención de coordinación.

La noción de convención de coordinación fue introducida, si bien no con ese rótulo, por David Lewis en su libro *Convention* del 1961<sup>25</sup>. Según Lewis, una convención puede existir aun sin acuerdo en ciertas situaciones de interacción social que poseen determinadas características. Se trata de situaciones en las que dos o más individuos se enfrentan a más de una posibilidad de acción, algunas de las cuales satisfacen igualmente el interés de cada uno de ellos, bajo la condición de que los demás lleven a cabo la misma acción. Lewis denomina “problema de coordinación” a las situaciones de este tipo<sup>26</sup>. Podemos imaginar que se encuentran en esa situación dos o más amigos que han decidido encontrarse (interés común) pero sin especificar el lugar. En esta situación, varias soluciones son posibles (numerosos lugares de encuentro) y para cada amigo poco importa cuál sea el lugar, basta con que sea el mismo elegido por los demás. Es decir, la decisión de cada uno de los involucrados acerca de qué acción realizar depende de la decisión que tomen al respecto los demás, y viceversa.

En esta situación resulta problemático tomar una decisión en cuanto, a pesar de que no exista un conflicto de intereses, existe más de una alternativa –por definición, los problemas de coordinación poseen al menos dos soluciones- y ninguna de ellas es superior a las demás. Los individuos se encontrarán frente a la situación de preferir ajustar su decisión a la decisión de los demás, pero sin saber cuál de las alternativas disponibles a elegir<sup>27</sup>. Coordinar es un problema no en virtud del riesgo que agentes egoístas se vean tentados a aprovechar el esfuerzo de los

<sup>25</sup> El origen de la investigación de Lewis era la objeción de Quine contra la posibilidad de un fundamento convencional de la lógica y el lenguaje. Lewis pretendía mostrar que una de las premisas en las que se basa el argumento de Quine, esto es, que la existencia de una convención depende de un acuerdo, es falsa.

<sup>26</sup> Más precisamente, los problemas de coordinación tienen lugar cuando, en una situación de interacción estratégica, la elección de dos o más agentes acerca de qué acción llevar a cabo son interdependientes, sus intereses coinciden mayormente y existen dos o más posibilidades de acción que satisfacen igualmente estos intereses. Véase Lewis (1969: 24).

<sup>27</sup> La situación de interacción sería trivial y no pondría un problema si existiera una única solución, ya que, asumida la coincidencia de intereses, todos los agentes elegirían esa opción (Lewis, 1969: 70).



demás, sino porque existen dos o más opciones igualmente satisfactorias<sup>28</sup>.

Una situación de este tipo puede resolverse cuando los agentes actúan de modo tal que coinciden todos en una de las soluciones posibles. Las probabilidades de lograr este resultado son más altas, según Lewis, si los agentes se apoyan en un sistema de expectativas, acerca de las acciones de los demás, mutuas y adecuadamente concordantes<sup>29</sup>.

Cuando una situación de este tipo es recurrente, la solución alcanzada en casos anteriores genera, entre los individuos, expectativas recíprocas acerca del comportamiento de los demás involucrados que los lleva a converger regularmente en esa solución. Así, si luego de dos o más veces en que, entre Morena y Lucas, la comunicación telefónica haya sido restablecida por quien había originariamente llamado, cada nueva acción en conformidad a la regularidad colaborará a reforzar y a estabilizar la expectativa acerca de que la convergencia será mantenida; siempre y cuando sus intereses sigan coincidiendo. Habrá surgido así una convención.

Las convenciones de coordinación son entonces una regularidad de comportamiento que resuelve, en una situación de interacción estratégica, un problema de coordinación recurrente. En cuanto consisten en una regularidad de comportamiento, las convenciones de coordinación satisfacen la primera de las condiciones de convencionalidad señalada en el capítulo anterior. Asimismo, dado que los problemas de coordinación implican por definición la existencia de alternativa, es posible afirmar que las regularidades que solucionan problemas de coordinación satisfacen la condición de arbitrariedad.

Antes de pasar al siguiente tipo de convención quisiera detenerme brevemente sobre una cuestión que ha ocupado a los teóricos que han analizado la propuesta de Lewis. Se trata de saber si es posible extender este tipo de convenciones a otras situaciones de interacción estratégica que no consistan necesariamente en problemas de coordinación. Algunos autores han emprendido investigaciones en este sentido<sup>30</sup>. Pero ha sido Lagerspetz (1995) quien ha intentado extender explícitamente el modelo de las convenciones de coordinación a otras situaciones de interacción social. Para evaluar esta propuesta es necesario comenzar notando que los problemas de coordinación admiten distintos grados. En los casos puros se produce una absoluta dependencia entre las acciones de cada agente y una perfecta coincidencia de intereses. A medida que estas propiedades se vayan debilitando se producirán situaciones menos puras. Como por ejemplo situaciones de conflicto parcial<sup>31</sup>. Dado que el conflicto es parcial, es decir, dado que el interés predominante es actuar de manera convergente, entonces cada uno de los agentes tenderá a seguir la elección del otro, aunque no sea la que más prefiera. Es por ello que en estos casos es posible la coordinación.

<sup>28</sup> Lewis (1969: 14) denomina a cada una de estas soluciones igualmente satisfactorias "equilibrio de coordinación".

<sup>29</sup> Estas expectativas se construyen a partir de un razonamiento en el que el agente "se pone en los zapatos del otro" (Lewis, 1969: 27).

<sup>30</sup> Por ejemplo, Ullmann-Margalit (1977) y Celano (2010[1995]).

<sup>31</sup> Una situación de conflicto parcial puede ser modelada modificando algunos de los elementos del problema entre amigos acerca del lugar de reunión. En esta versión, una pareja de recién casados, Edith y Mark, que se encuentran de luna de miel se separan en la ciudad, sin haber terminado de decidir si se verían en la función de ballet o en el estadio donde habrá una pelea de box. Mark prefiere lo primero y Edith lo segundo. Puesto en términos más generales, se trata de casos en los que dos agentes, W y Z, tienen interés en actuar de modo convergente, sin embargo W prefiere la opción 1 más que la 2 y Z prefiere la opción 2 más que la 1. Siempre y cuando el interés predominante sea el de actuar en modo convergente, el conflicto será sólo parcial. Este tipo de situaciones, una vez modelado por la teoría de los juegos, es denominado "batalla de los sexos".



Pero el conflicto de intereses es compatible con las convenciones de coordinación sólo en una versión moderada. El conflicto radical de intereses es incompatible con ellas, puesto que cuando existe un conflicto radical de intereses la negociación depende de consideraciones acerca de riesgo/ganancia (*threat-advantage*) o de justicia (Green, 1999: 50). El problema, en estos casos, es que una vez ausentes las condiciones que forman un problema de coordinación estarán también ausentes las condiciones que permiten el surgimiento de una convención sin que exista un acuerdo. Es decir, estas situaciones no pueden ser resueltas por una convención no basada en el acuerdo.

Lagerspetz, sin embargo, piensa que es también posible extender el modelo a situaciones de conflicto radical de intereses. En este tipo de casos, según Lagerspetz, si bien no sería en principio racional para un agente autointeresado seguir la norma social, si interviene una actitud favorable de los sujetos hacia la justicia o equidad, entonces esas situaciones podrían transformarse en casos de otro tipo. Aquello que, sin el sentimiento de justicia, es un juego del tipo dilema del prisionero, se transformaría, si se verifica el sentimiento de justicia, en un juego de aseguración<sup>32</sup>.

Pero, más allá del éxito o no de Lagerspetz en este punto, la cuestión relevante aquí es si, aun cuando pueda demostrarse que reglas sociales pueden resolver otros tipos de situaciones de interacción estratégica, tales reglas pueden ser concebidas como convenciones. Parecería que ello no es posible en el caso de reglas que solucionan dilemas del prisionero o juegos de aseguración (que puede ser concebido como un dilema del prisionero extendido), puesto que en estos casos la solución no es arbitraria, en el sentido que no existe una alternativa que habría podido resolver la situación sin pérdida en su función o propósito. Lagerspetz sostiene en su defensa que se trata de una convención en virtud de su carácter autoreforzante. Sin embargo, como vimos al tratar la condición de dependencia, el carácter autoreforzante no es suficiente para considerar a una convergencia de comportamiento una convención. En definitiva, aun cuando Lagerspetz sea exitoso en mostrar cómo normas sociales pueden solucionar este tipo de situaciones, no podría mostrar que se trata de convenciones y, *a fortiori*, tampoco de convenciones de coordinación.

### *El rendimiento de las convenciones de coordinación*

El interés por las convenciones de coordinación ha disminuido considerablemente entre los filósofos del derecho. Por un lado, ello se debe a que ya es generalizada la opinión según la cual han fracasado los intentos por aprovechar esta noción para explicar las tesis hartianas. Por otro lado, porque se han propuesto diversas concepciones de convención que desafían la centralidad de la que disfrutara la concepción lewisiana. Sin embargo, me parece que vale la pena invertir en analizar en qué consistió el intento por recurrir a las convenciones de coordinación de Lewis para fortalecer la TRSP.

A diferencia de Celano, Coleman (2001: 371) señala que existen indicios

<sup>32</sup> En contra, Den Hartogh (1993: 245). "Dilema del prisionero" y "juego de aseguración" son etiquetas que en la teoría de los juegos se usan para nombrar modelos de situaciones de interacción social. A grandes rasgos, puede decirse que ambos modelos comparten la característica de ser juegos en que los intereses en conflicto de las partes se estructuran de tal modo que, al menos bajo una primera aproximación, agentes racionales terminarían en esas situaciones por conseguir un resultado no óptimo (es decir, resultados menos ventajosos que los que habrían conseguido si no hubieran actuado racionalmente). Mientras que una situación del tipo dilema del prisionero involucra sólo dos personas, una situación del tipo juego de aseguración involucra un grupo de personas. Véase para una presentación de estos y otros modelos (Ullmann-Margalit, 1977).

para asumir que Hart consideraba a la regla de reconocimiento como una convención de coordinación<sup>33</sup>. Los indicios consisten en la capacidad de las convenciones de coordinación para explicar ciertos rasgos que Hart atribuye a la regla de reconocimiento. Veamos cómo puede ello demostrarse.

En este sentido, Postema (1982: 193) sostuvo que el análisis de Lewis permite dar cuenta de la relación entre ciudadanos y funcionarios. Para que el derecho pueda llevar a cabo su función de guía de conducta es necesario que los jueces mismos lleguen a una situación de estabilidad respecto de la identificación e interpretación de las normas. En virtud de ello, los jueces se encuentran en una situación de interacción estratégica en la que su propia actividad de identificación e interpretación del derecho se ve influenciada por, y a su vez influencia, no sólo la actividad de los ciudadanos, sino también, y sobre todo, la actividad de identificación e interpretación del derecho de los demás jueces.

Asimismo, según Coleman (2001: 373) este modo de ver tiene algunas ventajas. En primer lugar, explica claramente el modo en el que la regla de reconocimiento ofrece a los participantes razones para la acción, ya que no es difícil advertir en qué modo las convenciones de coordinación lo hacen.

En segundo lugar, ilumina la importancia que Hart daba en su teoría al punto de vista interno de los participantes. Ello en cuanto, por un lado, el punto de vista interno resulta claramente explicado a partir de las expectativas de los participantes y, por otro lado, se advierte que posee un rol causal central en la generación y en el mantenimiento de la convención (*Ibid.*).

#### *Las críticas a TC-Coordinación*

En primer lugar, contra la idea de que se trate de convenciones de coordinación suele esgrimirse el argumento según el cual la regla de reconocimiento no es arbitraria, en cuanto su establecimiento exige involucrarse en discusiones políticas sustantivas<sup>34</sup>. Sin embargo, hemos ya visto que arbitrariedad no implica indiferencia. Si es cierto que arbitrariedad no equivale a indiferencia, entonces no se ve por qué necesariamente una convención de coordinación ha de carecer de relevancia, política o de otro tipo, para los involucrados. Además, que la convención resuelva un problema de coordinación no es necesariamente la única razón para que surja el sentimiento de pertenencia, este sentimiento puede ser generado por otras circunstancias<sup>35</sup>.

La confusión entre estas razones adicionales y la razón coordinativa ha llevado, por un lado, a una cierta exageración de la tesis convencionalista y, por otro lado, a una sumaria crítica a ella. Así, algunos autores han sostenido que la función del derecho, y no sólo la de la regla de reconocimiento, es la de resolver problemas de coordinación<sup>36</sup>.

Es cierto que los jueces necesitan coordinar y en particular ello resultará posible si siguen un mismo criterio para la identificación de qué cuenta como

<sup>33</sup> A pesar de señalar estas virtudes de las convenciones de coordinación, Coleman se aparta en este mismo artículo de esa posición. No me es del todo claro si Coleman, al abandonar su defensa de las convenciones de coordinación, también abandonó esta interpretación de Hart.

<sup>34</sup> Véase por ejemplo la crítica de Carrio (2012: 249-250) y la respuesta de Vilajosana (2012: 257-261).

<sup>35</sup> Éstas eran las respuestas que Coleman (1998: 398, en la nota 33), cuando aún defendía la versión de las convenciones de coordinación, ofrecía frente a las objeciones de Marmor.

<sup>36</sup> Este es el caso de Lagerspetz y Den Hartogh. La crítica de Dworkin también se basa sobre una asunción parecida.



derecho. Que las reglas de reconocimiento sirvan para ello es más fácil de aceptar, pero que ello sea la principal razón para tenerlas es, de nuevo, dudoso.

El segundo problema que debe enfrentar la TCCoordinación es que, se alega, los involucrados en la práctica de identificación del derecho no parecen encontrarse frente a un problema de coordinación. En este sentido se han avanzado dos tipos de críticas. Por un lado, algunas críticas procuran mostrar que no se dan en la práctica jurídica las condiciones para la existencia de la especial situación de interacción estratégica en la que consiste un problema de coordinación. Por otro lado, otras críticas señalan que se trata de situaciones de interacción estratégica diferentes, en las que la solución no consiste en una convención (Den Hartogh, 1993: 234). En primer lugar, no parece plausible atribuir a la práctica social entre los funcionarios la estructura de un juego de este tipo, como tampoco del tipo de conflicto parcial que también podría ser solucionado por una convención de coordinación (Coleman, 2001: 374). Desde un punto de vista empírico, parece falso que los funcionarios se encuentren siempre frente a un problema de coordinación. Parece más realista un abordaje que dé cuenta de la complejidad de los tipos de interacción que pueden existir dentro del fenómeno jurídico (Marmor, 2001: 9-10)<sup>37</sup>. En segundo lugar, concebirla como un problema de coordinación deformaría la situación de quienes se enfrentan al problema de construir un orden jurídico y social, en particular, frente al problema de la distribución de las cargas y beneficios. En estos casos la situación parece mejor reconstruida como un caso de dilema del prisionero o, generalizando, de *fair play*, en el que nos encontramos frente a un conflicto radical de intereses (Celano, (2010[1997]: 312). Las convenciones de coordinación, como vimos, no son soluciones a problemas de estos dos tipos.

En definitiva, si las críticas son acertadas entonces los involucrados en la elección de los criterios para la identificación del derecho no se encuentran frente a un problema de coordinación. Dado que las convenciones de coordinación consisten en una regularidad que soluciona problemas de coordinación recurrentes, no es en consecuencia posible afirmar que la práctica que soluciona el problema de los criterios de validez es una convención de ese tipo.

### **La tesis convencionalista basada en las convenciones constitutivas**

Con la finalidad de afrontar los problemas de la versión TCCoordinación, Marmor propone recurrir a la noción de convención constitutiva.

(iv) TC-Constitutiva: la regla de reconocimiento es (determinada por) una convención constitutiva.

Para determinar si se trata de una convención constitutiva será necesario indagar si se dan los rasgos que caracterizan este tipo de convenciones.

La noción de convención constitutiva ha sido propuesta por Andrei Marmor en distintos trabajos. En su libro *Social Conventions*, Marmor confiere un aspecto de unidad a gran parte de esos trabajos precedentes<sup>38</sup> y termina de presentar el

<sup>37</sup> La misma crítica hace Celano (2010[2003]: 329).

<sup>38</sup> Los artículos que Marmor publicara anteriormente sobre el convencionalismo son: "On Convention", *Synthese*, 1996, 107; "Legal Conventionalism", *Legal Theory*, 1998, 4, que apareció posteriormente como capítulo primero de su libro *Positive Law and Objective Values*, Oxford, Oxford UP, 2001; "Deep Conventions", *Philosophy and Phenomenological Research*, 2007, 74; "How Law Is Like Chess", *Legal Theory*, 2006, 12; y "Is Literal Meaning Conventional?", *Topoi*, 2008, 27.

cuadro, no sin modificar algunas de las tesis defendidas anteriormente<sup>39</sup>.

Las convenciones constitutivas son reglas constitutivas. Es por ello que la distinción searlina entre reglas regulativas y reglas constitutivas, si bien con retoques que permiten superar ciertas críticas, constituye la base sobre la que se asienta la distinción entre convenciones de coordinación y convenciones constitutivas.

Las reglas regulativas regulan formas de conducta que existen independientemente de, y con anterioridad a, la creación de la regla (p. ej. “obligatorio llevar corbata en los exámenes”). Las reglas constitutivas en cambio crean o definen nuevas formas de conducta (p. ej. regla: “se marca un gol cuando la pelota traspasa la línea del arco”)<sup>40</sup>. La noción de regla constitutiva ha sido objeto de un amplísimo debate filosófico que no lograré reconstruir aquí. Señalaré sólo que en apoyo de esta noción, Marmor (2009: 34-35) propone entender las reglas constitutivas, no como reglas que constituyen acciones particulares o “new forms of behavior”, sino como reglas que constituyen prácticas sociales, es decir, no acciones sino actividades. Desde este punto de vista las reglas constitutivas son reglas que constituyen un tipo de actividad, una práctica social.

Las convenciones constitutivas, en cuanto constituyen un tipo de actividad o práctica (se trata de una relación de constitutividad y no de identidad), poseen una doble función: i. constituyen la práctica, y ii. regulan la conducta dentro de la práctica. En otras palabras, definen la práctica y cómo participar en ella. Asimismo, iii. en parte definen, o constituyen, los valores asociados con la práctica en cuestión (Marmor, 2009: 37)<sup>41</sup>.

Respecto de este tipo de convenciones surge el problema de determinar cómo es que satisfacen la condición de dependencia, es decir, cómo es que dan lugar a razones para actuar de acuerdo a la convención<sup>42</sup>. Para dar cuenta de estas observaciones es necesario, como para con las convenciones en general, distinguir entre distintos niveles de razones. Por un lado la existencia de una razón para que exista una determinada convención constitutiva y para entrar en ella en cada caso particular y, por otro lado, la razón para seguir las reglas que conforman una convención constitutiva en cada caso particular. Por ejemplo, es necesario distinguir, por un lado, que la necesidad de participar en juegos que impongan un desafío intelectual es una razón para que exista el ajedrez y que el haber prometido al maestro jugar un torneo sea una razón para jugar al ajedrez en un caso particular. Y, por otro lado, que el estar participando en un partido de ajedrez sea una razón para seguir la regla que impone al caballo un movimiento en L<sup>43</sup>.

En el caso de las convenciones constitutivas, la condición se satisface

<sup>39</sup> En su libro del 2001, *Positive Law and Objective Values*, Marmor había ya presentado su propuesta referida a las convenciones constitutivas, y su explicación convencionalista del derecho sobre esta base. Si bien en el libro de 2009 recurre, entre otros, a sus artículos anteriores al 2001, existen agregados y varias diferencias respecto de lo sostenido en 2001 e incluso modificaciones de los puntos de vista presentados en artículos intermedios.

<sup>40</sup> Véase, para la versión más reciente Searle (2010).

<sup>41</sup> Marmor (*id.*: 39) sostiene que es suficiente con que se trate de una relación epistémica, es decir que la práctica nos permita advertir la existencia de valores que de otro modo no hubiésemos logrado reconocer.

<sup>42</sup> Esta era una de las críticas que Coleman (1998: 399, en la nota 35) dirigía a Marmor cuando el primero defendía todavía la explicación de la regla de reconocimiento como una convención de coordinación. También ha sido puesto en duda que satisfagan la condición de arbitrariedad. Al respecto véase Arena (2011).

<sup>43</sup> En el caso de las convenciones constitutivas, dentro de las razones para entrar en la convención pueden encontrarse también razones creadas por la convención misma (Marmor, 2001: 27).





porque una vez que, en cada caso particular, existe una razón para entrar en la convención, entonces las reglas de la convención se siguen porque son las que siguen los demás<sup>44</sup>.

### *El rendimiento de las convenciones constitutivas*

Que la regla de reconocimiento sea una convención constitutiva parece una tesis, al menos *prima facie*, atendible. Efectivamente, la regla de reconocimiento posee una función constitutiva, ella determina qué cuenta como derecho en un sistema jurídico y al mismo tiempo permite identificar el dominio de lo jurídico<sup>45</sup>. Esta primera afirmación también convence a Celano (2010[2003]: 336-337), a pesar de que no comparta el punto de vista de Marmor.

Marmor (*Ibid.*: 165) agrega algunas consideraciones para defender esta afirmación. En primer lugar, para que los jueces tengan problemas de coordinación es necesario que seamos capaces de identificarlos como jueces y para ello necesitamos reglas que constituyan su rol institucional específico. Dicho con otras palabras, antes de que surja un problema de coordinación es necesario poder identificar los jueces. En segundo lugar, Marmor (*Ibid.*: 169) sostiene que las convenciones de coordinación no son proclives a poseer una función constitutiva.

### *Las críticas a TC-Constitutiva*

El principal problema para la propuesta de Marmor es aclarar hasta dónde llega la analogía entre las convenciones jurídicas y las convenciones que constituyen juegos. Es decir, el problema consiste, por un lado, en evitar comprometerse con la idea de que bien mirada la práctica judicial de identificación del derecho no es más que un juego<sup>46</sup>, pero, por otro lado, mostrar en qué sentido se asemejan.

El problema se presenta respecto de este último punto. Puesto que parecería que la explicación ofrecida en el caso de las reglas que definen ciertos juegos no puede ser, sin más, extendida a la práctica judicial de identificación del derecho. La práctica judicial se diferencia de los juegos en aspectos relevantes, en particular, se caracteriza por un modo de argumentar, sostienen los críticos, incompatible con su carácter convencional.

Según Dworkin (1986: 130), la práctica judicial exhibe ciertos rasgos de los que el convencionalismo basado en las convenciones constitutivas no puede dar cuenta. En primer lugar, los jueces otorgan mucha más relevancia a las fuentes del derecho supuestamente convencionales, de la que el mismo convencionalismo les atribuye. Ello en cuanto los jueces mantienen la pretensión de objetividad aún cuando han advertido que no existe una convención explícita acerca del caso en cuestión.

<sup>44</sup> Algunos autores han cuestionado la autonomía conceptual de ambos tipos de convenciones. Por ejemplo, Vilajosana (2010: 163) señala que la distinción "no se puede plantear en términos excluyentes, puesto que pueden darse convenciones constitutivas, destinadas a resolver problemas de coordinación." Es por ello que este autor prefiere hablar de "dimensión constitutiva de las convenciones" (que podrían ser de coordinación) más que de "convenciones constitutivas". En el mismo sentido: Puppo (2011: 158, en la nota 77).

<sup>45</sup> La regla de reconocimiento, como cualquier otra convención constitutiva, tiene una doble función, por un lado define o constituye la práctica y por otro lado prescribe ciertos modos de conducta dentro de ella. Véase Marmor (2009: 169).

<sup>46</sup> Una crítica similar es la que Celano (2010[1997]: 74) dirige a Searle respecto de las instituciones en general.

Y no sólo esto, en los casos difíciles los jueces siguen buscando la objetividad. Mientras que el juez convencionalista, habiendo advertido la inexistencia de convención y la necesidad de encontrar una nueva ley, no mira ya a lo que hacen los demás jueces, salvo como mera prueba, aunque no ciertamente la más pertinente, de cuál podría ser la convicción de la mayoría. Al convencionalista no le quedaría otra opción, alega Dworkin (*Ibid.*: 132), más que la de sostener que esta insistencia en buscar la objetividad, incluso en los casos en los que no hay convención, es consecuencia de una exigencia más general: “any lawmaker must take care to make new law consistent with old”.

Dworkin (*Ibid.*: 137-138) sostiene que, desde una perspectiva histórica, es posible advertir cómo la práctica jurídica cambió sobre la base de argumentos esgrimidos en los mismos contextos de decisión judicial y no en virtud de acuerdos explícitamente destinados a ese efecto. Las convenciones también cambian, pero una vez que han sido establecidas, se distingue claramente entre argumentos acerca de (*about*) y argumentos a partir de (*within*) las reglas. Estos cambios fueron cambios que se produjeron desde dentro de la práctica jurídica, y no fueron el resultado de una serie de acuerdos especiales sobre la necesidad de tener nuevas convenciones.

Y todavía más, no sólo las reglas son cuestionadas de este modo, sino que además es común encontrar divergencias en la interpretación. Ello es consecuencia del hecho que toda disposición normativa puede ser interpretada de maneras distintas según cuál sea el método interpretativo utilizado. Y, en cada comunidad jurídica suele existir una gran cantidad de métodos interpretativos (Guastini, 2011).

## 6. Una nueva estrategia convencionalista

La conclusión de las secciones anteriores acerca de las distintas versiones de TC nos deja en un punto de tensión; puesto que, por un lado, la práctica de identificación del derecho parece satisfacer las condiciones de convencionalidad, tales como la condición de dependencia y la arbitrariedad, pero, por otro lado, nos hemos encontrado frente a serias dificultades para intentar precisar de qué tipo de convención se trataría. Salir de este punto exige, desde mi punto de vista, precisar mejor el hecho jurídico fundamental.

La estrategia que, creo, puede seguir el convencionalismo para reducir el impacto de estas observaciones consiste en desdoblar la tesis convencionalista.

Se trata, en primer lugar, de distinguir, dentro de la práctica identificación del derecho, dos etapas. La primera, la identificación de las disposiciones normativas. La segunda, la identificación del significado de tales disposiciones. Esta última etapa exige, a su vez, ampliar el conjunto de hechos sociales relevantes. En este sentido, junto a las convenciones semánticas que fijan el significado literal de los textos jurídicos, existen convenciones interpretativas que fijan métodos de interpretación adicionales. De este modo, del hecho de que los jueces se aparten o desacuerden acerca del significado literal no se sigue todavía que para la identificación del derecho abandonen las convenciones (y, en su caso, se aboquen a argumentos morales), sino que puede tratarse todavía de convenciones interpretativas. Ello exige entonces articular de modo más complejo la estructura de la práctica judicial de identificación del derecho.

Dado que la noción de práctica de identificación del derecho puede descomponerse en dos partes, también la tesis convencionalista ha de ser analizada de ese modo. En primer lugar, la práctica de identificación de los textos objeto de



interpretación es una convención de coordinación entre los jueces. En segundo lugar, la práctica de atribución de significado a tales textos consiste en diferentes convenciones constitutivas entre los jueces que, por lo general, especifican o instancian convenciones profundas.

### **Fuentes del derecho y convenciones de coordinación**

El primer componente de la tesis convencionalista desdoblada es entonces el siguiente:

(v) TC-Coordinación/Identificación: la práctica de identificación de los textos objetos de interpretación es (determinada por) una convención de coordinación.

Desde este punto de vista, la práctica de identificación del conjunto de textos jurídicos que son objeto de interpretación, por parte de los jueces o los juristas en general, posee la estructura de una convención de coordinación. Esto permite explicar la convergencia existente entre los jueces respecto de esta propiedad de la práctica jurídica. Como vimos, una convención de coordinación es una regularidad de comportamiento que soluciona un problema de coordinación recurrente. En el caso que aquí nos ocupa, al momento de la identificación de los textos jurídicos los jueces se encuentran frente a una situación de interacción estratégica, en la que la propia actividad es influenciada por, e influencia a su vez, la actividad de identificación de textos de los demás jueces.

Esta situación puede describirse como una convención de coordinación del modo siguiente:

(i) Regularmente los jueces, cada vez que se encuentran frente a una situación en la que tienen que decidir un caso, identifican los textos jurídicos objeto de interpretación en un modo determinado (convergente);

(ii) la mayoría de los jueces tiene la expectativa de que la mayoría de los demás jueces se conformarán a la regularidad mencionada en (i).

(iii) casi todos los jueces prefieren, cuando ya existe conformidad general, que cada uno de ellos se conforme a la regularidad mencionada en (i) antes que no hacerlo,

(iv) casi todos los jueces prefieren que se produzca una conformidad general a la regularidad mencionada en (i) antes que no exista una conformidad general a ninguna regularidad,

(v) existe una regularidad alternativa a la regularidad mencionada en (i) que podría igualmente haber sido seguida por los jueces sin pérdida en la función que desempeña y no es posible que ambas regularidades sean seguidas al mismo tiempo<sup>47</sup>.

En favor de esta descripción puede señalarse el hecho que sería absurdo que un juez, al identificar ciertos textos como jurídicos, siga sus propias preferencias incluso si tales textos no son señalados como jurídicos por cualquier otro juez. Asimismo, si bien sería irracional para un juez utilizar su propio criterio para identificar textos como jurídicos, no sería irracional dejar de identificar cierto texto

<sup>47</sup> Este conjunto de propiedades refleja, con algunos ajustes, el conjunto que Lewis (1969: 78) considera característico de las convenciones de coordinación en general.

como jurídico si los demás jueces lo hacen. Es decir, resulta satisfecha la condición de dependencia.

Igualmente, afirmar que se trata de una convención de coordinación no implica que los jueces sean indiferentes acerca de qué textos identificar como jurídicos. Tal como he señalado al analizar las condiciones de convencionalidad, arbitrariedad no es lo mismo que indiferencia. Y esta reconstrucción no precluye la posibilidad de que la convención en cuestión posea otras funciones además de la de coordinación.

### **Convenciones constitutivas e interpretación**

El segundo elemento es el siguiente:

(v) TC-Constitutiva/Interpretación: la práctica de interpretación de los textos jurídicos es (determinada por) una convención constitutiva.

El abordaje de esta segunda parte de la tesis convencionalista exigiría precisar qué se entiende por interpretación. El problema es que no resulta fácil comenzar con una simple referencia a un concepto pacífico de interpretación jurídica<sup>48</sup>. Asumiré que la interpretación jurídica es la actividad que, a partir de las disposiciones normativas lleva a los significados (Guastini, 2011: 63-64).

Existe un sentido evidente según el cual la interpretación depende de convenciones. Las palabras o los enunciados no posean un significado natural o dado, por el contrario, son los individuos o usuarios quienes atribuyen significado a las marcas y a los sonidos. Pero la tesis convencionalista, en cuanto pretende dar cuenta de la complejidad de la práctica interpretativa va más allá de esta afirmación. Por un lado, porque la posible determinación del significado sobre la base de las convenciones del lenguaje ordinario, no se traslada necesariamente al contexto de la interpretación jurídica (Chiassoni, 2000: 94). Por otro lado, porque es necesario advertir que, como vimos, no existe en todos los casos una convergencia suficiente acerca del contenido de las prácticas interpretativas.

Es por ello que reducir los métodos de interpretación al de la interpretación literal y descuidar otras convenciones interpretativas sería equivocado, o al menos, como sostiene Bayón (2002b: 63), constituiría una mirada incompleta.

Del hecho que los jueces desacuerden acerca del contenido de las convenciones que establecen el significado ordinario de los textos jurídicos, no se sigue necesariamente que no exista ninguna convención que lleve a cabo esa función. Además de las convenciones semánticas del lenguaje ordinario, existe un conjunto de convenciones interpretativas jurídicas que fijan el significado que los intérpretes pueden atribuir a los textos jurídicos (*Ibid.*: 60-64). El significado literal u ordinario de un enunciado jurídico no agota el conjunto de convenciones que determinan el contenido del derecho, en la práctica de los jueces se utilizan también otras convenciones interpretativas y cuál sea la convención interpretativa usada en cada caso es una cuestión contingente (*Ibid.*: 63).

El modo en que funcionan estas convenciones puede apreciarse también a través de los métodos interpretativos vigentes en una comunidad jurídica. Los métodos interpretativos pueden ser concebidos como códigos interpretativos que

<sup>48</sup> Dado que de aquí en más me referiré sólo a la interpretación jurídica utilizaré, por brevedad, únicamente "interpretación".

establecen un conjunto de reglas para la interpretación de los enunciados jurídicos (Chiassoni, 2004: 63) y, por lo tanto, permiten evaluar de un modo relativo la corrección de una interpretación (*Ibid.*: 103). Los métodos interpretativos (o códigos hermenéuticos) pueden por lo tanto ser concebidos como convenciones constitutivas. Cada código consiste en un conjunto de reglas constitutivas que definen un cierto tipo de práctica interpretativa y establecen cómo participar en ella. Por ejemplo, una convención que fija las reglas para interpretar según el significado literal, otra que fija las reglas para interpretar según la intención del legislador.

Que todas estas convenciones forman parte de la interpretación jurídica se advierte a partir del hecho que los participantes no se ven a sí mismos como infringiendo el derecho, ni como llevando a cabo argumentos morales, ni teniendo un desacuerdo aparente cuando usan otros métodos de interpretación además del literal. Igualmente, los jueces no deciden interpretar un cierto texto en un cierto sentido, de manera aislada y sobre la base de métodos interpretativos privados. Por el contrario, los jueces se involucran en una práctica interpretativa en la que el hecho que un determinado método sea utilizado por los demás jueces es una razón para usarlo<sup>49</sup>.

Estas convenciones son más superficiales que aquellas que fijan cómo elegir entre cada una de ellas. Asimismo, son más superficiales que otras convenciones, más profundas, que determinan los elementos a tener en cuenta para interpretar. Por ejemplo, la que determina que la interpretación comienza a partir del texto identificado según la convención de coordinación que he mencionado, la que establece que al interpretar, los jueces, han de llegar a un único resultado, la que establece que al interpretar se deben tener en cuenta las opiniones de ciertos tribunales superiores, etc.

En definitiva, que los jueces desacuerden acerca de los resultados interpretativos no implica que no existan entre ellos convenciones interpretativas con distintos niveles de profundidad. Si ello es así, entonces me parece que el convencionalismo puede acoger una cierta cantidad de desacuerdos al nivel de resultados de interpretación.

## 7. Conclusión

En este trabajo he intentado avanzar en la presentación de una postura convencionalista acerca del derecho, entendida como la defensa de la tesis según la cual el hecho jurídico fundamental es una convención. Desde mi punto de vista, las críticas que las versiones tradicionales dirigen a esta tesis pueden ser superadas si desdoblamos el hecho jurídico fundamental, es decir si distinguimos dos etapas en la práctica de identificación del derecho. Por un lado la identificación de los textos jurídicos, que puede ser entendida como una convención de coordinación y, por otro lado, la atribución de significado a tales textos a partir de ciertos métodos interpretativos que pueden ser entendidos como un conjunto de convenciones constitutivas.

Respecto de los textos jurídicos, creo que la convergencia es suficiente como para sostener que existe una única convención al respecto. Pero ello no es así con relación a los métodos interpretativos. Si bien cada uno de ellos es usado en un modo lo suficientemente regular por los juristas, en su conjunto no puede afirmarse que conformen una única convención constitutiva acerca de la interpretación. Ello se

<sup>49</sup> Ciertamente, que se trate de convenciones constitutivas no impide hacer lugar a la posibilidad de que los métodos interpretativos permitan, además, que los jueces coordinen su actividad respecto de la atribución de significado a los textos jurídicos.



debe a que la convergencia de comportamiento no se verifica en todo nivel, ni siquiera si incorporamos a este cuadro las convenciones profundas. Si bien distinguir distintos niveles de convencionalidad permite dar cuenta de los casos en que existe un cierto nivel de desacuerdo, este rendimiento de las convenciones profundas no es suficiente para sostener que existe una única práctica interpretativa entre los jueces.

Ello no impide sostener que, sobre la base de los dos tipos de convenciones que he mencionado, pueda afirmarse que un juez ha identificado correctamente un texto jurídico o ha utilizado correctamente un método interpretativo. Estos criterios de corrección relativos a cada convención permiten afirmar que el convencionalismo ofrece una explicación, por más mínima que pueda considerarse, de la objetividad del derecho.

En definitiva, la tesis convencionalista compleja propuesta es una tesis que, por un lado, da cuenta de cierto nivel de convergencia en la actividad de los jueces respecto de la identificación de los textos jurídicos y respecto de la interpretación. Esta tesis es compatible también con el hecho que en este segundo caso, la convergencia no alcance un nivel general. Asimismo, por otro lado, permite comprender en qué sentido el derecho puede ser objetivo, si bien en un sentido mínimo.

## Bibliografía

- ARENA, F.J. (2011), "Marmor on the Arbitrariness of Constitutive Conventions", *Jurisprudence*, Vol. I, Núm. 2, pp. 441-450.
- ARENA, F.J. (2012), "Desacuerdos ambiguos, convenciones equívocas", en LUQUE SÁNCHEZ, P. y RATTI, G.B., *Acordes y desacuerdos. Cómo y por qué los juristas discrepan*, Marcial Pons, Madrid.
- BAYÓN, J.C. (2002a), "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en ZAPATERO GÓMEZ, V. (ed.), *Horizontes de la filosofía del derecho: homenaje a Luis García San Miguel*, Vol. 2, Universidad de Alcalá de Henares, Alcalá de Henares.
- BAYÓN, J.C. (2002b), "Derecho, convencionalismo y controversia", en NAVARRO, P.E. y REDONDO, M.C. (eds.), *La relevancia del derecho*, Gedisa, Barcelona.
- BURGE, T. (1975), "On Knowledge and Convention", *The Philosophical Review*, Vol. 84, Núm. 2, pp. 249-255.
- CARRIO, A. (2012), "Recensión de J.M. Vilajosana (2010), El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas", *Eunomia*, Núm. 3, pp. 235-251.
- CELANO, B. (2010 [2003]), "La regola di riconoscimento è una convenzione?", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.
- CELANO, B. (2010[1995]), "Consuetudini, convenzioni", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.
- CELANO, B. (2010[1997]), "Interazione strategica e convenzione", en CELANO, B., *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma.
- CHIASSONI, P. (2000), "Interpretative Games: Statutory Construction Through Gricean Eyes", *Analisi e diritto*, Vol. 1999, pp. 79-99.
- CHIASSONI, P. (2004), "Codici interpretativi: Progetto di voce per un *Vademecum* giuridico", *Analisi e diritto*, Vol. 2002-2003, pp. 55-124.
- COLEMAN, J.L. (1998), "Incorporationism, Conventionality and the Practical Difference Thesis", *Legal Theory*, Vol. 35, Núm. 4, pp. 381-425.
- COLEMAN, J.L. (2001), "The Conventionality Thesis", *Philosophical Issues*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 354-387.
- DAHLMAN, C. (2011), "When Conventionalism Goes Too Far", *Ratio Juris*, Vol. 24, Núm. 3, pp. 335-346.
- DEN HARTOGH, G. (1993), "Rehabilitating Legal Conventionalism", *Law and*



- Philosophy*, Vol. 12, Núm. 2, pp. 233-247.
- DICKSON, J. (2007), "Is the Rule of Recognition Really a Conventional Rule?", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 27, Núm. 3, pp. 373-402.
- DWORKIN, R. (1977-1978[1972]), "The Model of Rules II", en DWORKIN, R. (ed.), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge - London.
- FORSTER, M.N. (2004), *Wittgenstein on the Arbitrariness of Grammar*, Princeton University Press, Princeton.
- GILBERT, M. (1983), "Notes on the Concept of a Social Convention", *New Literary History*, Vol. 14, Núm. 2, pp. 225-251.
- GILBERT, M. (1993), "Is an Agreement an Exchange of Promises?", *The Journal of Philosophy*, Vol. 90, Núm. 12, pp. 627-649.
- GILBERT, M. (2008), "Social Convention Revisited", *Topoi*, Vol. 27, Núm. 1/2, pp. 5-16.
- GREEN, L. (1999), "Positivism and Conventionalism", *The Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. 12, Núm. 1, pp. 35-52.
- GUASTINI, R. (2011), *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán.
- HART, H.L.A. (1994[1961]), *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford.
- KEKES, J. (1993), *The Morality of Pluralism*, Princeton University Press, Princeton.
- KYRITSIS, D. (2008), "What Is Good About Legal Conventionalism?", *Legal Theory*, Vol. 14, Núm. 2, pp. 135-166.
- LAGERSPETZ, E. (1995), *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*, Kluwer, Dordrecht.
- LEWIS, D. (1969), *Convention. A Philosophical Study*, Basil Blackwell, Oxford.
- MARMOR, A. (2001), *Positive Law and Objective Values*, Clarendon Press, Oxford - New York.
- MARMOR, A. (2009), *Social Conventions. From Language to Law*, Princeton University Press, Princeton.
- POSTEMA, G. (1982), "Coordination and Convention at the Foundation of Law", *The Journal of Legal Studies*, Vol. 11, Núm. 1, pp. 165-203.
- PUPPO, A. (2011), "Fonti della normatività e convenzioni profonde", en BRUNET, P. y ARENA, F.J. (eds.), *Problemi attuali della teoria analitica del diritto*, Marcial Pons, Madrid - Barcelona.
- RAWLS, J. (1971), *A Theory of Justice*, Harvard University Press, Cambridge.
- RAZ, J. (1984), "On the Nature of Rights", *Mind*, Vol. 93, Núm. 370, pp. 194-214.
- RAZ, J. (1990[1975]), *Practical Reason and Norms*, Oxford University Press, Oxford.
- RUIZ MANERO, J. (1990), *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SCANLON, T. (1990), "Promises and Practices", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 19, Núm. 3, pp. 199-226.
- SEARLE, J. (2010), *Making the Social World. The Structure of Human Civilization*, Oxford University Press, Oxford - New York.
- ULLMANN-MARGALIT, E. (1977), *The emergence of norms*, Clarendon Press, Oxford.
- VILAJOSANA RUBIO, J.M. (2010), *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*, Marcial Pons, Madrid.
- VILAJOSANA RUBIO, J.M. (2012), "Respuesta a Alberto Carrio", *Economía*, Núm. 3, pp. 252-262.
- WARNOCK, G.J. (1971), *The Object of Morality*, Methuen, Londres.